

DA ANÁLISE JURÍDICA DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Thaís Bariani GUIMARÃES¹

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo tecer estudo da cláusula da reserva do possível, ferozmente adotada pelo Poder Público em uma conduta omissiva, sob o argumento de carência orçamentária com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de obrigações fundamentais previstas constitucionalmente. No entanto, diante da premente necessidade de proteção da pessoa humana, de sua integridade e ainda, da intangibilidade do núcleo do mínimo existencial, especialmente quando se trata da preservação do direito à saúde, a conduta negativa do Estado fere de morte a Constituição Federal brasileira, ofende os preceitos e princípios arduamente conquistados ao longo da história, haja vista o dever imposto ao Estado pela Lei Maior de trazer efetividade a tais preceitos. Em meio a tantas condutas estatais negativas à efetividade dos direitos fundamentais, tem crescido o número de demandas que exigem do judiciário a efetividade ao cumprimento das normas constitucionais, o fenômeno da judicialização da saúde. Assentadas tais premissas, é importante trazer o posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, a ADPF 45-9/DF. Em contrapartida, não há que se olvidar da existência de limites à efetivação do direito à saúde, pois sequer a doutrina e a jurisprudência conseguem determinar o alcance das normas constitucionais programáticas protetivas. Por fim, pretende-se contribuir para o estudo do tema, ponderando, na prática a aplicação dos recursos financeiros disponíveis para efetivar direitos constitucionais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Direito à saúde. Políticas Públicas.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais antigos, os direitos da pessoa humana tem sido alvo de ampla discussão, e no processo de evolução da humanidade foram se transformando sendo conquistados geração após geração e ainda continuam em desenvolvimento.

¹ Discente da especialização em Tutela de Interesses Difusos e Coletivos do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Graduação no curso de Direito em Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo. thabariani@hotmail.com

A Constituição Federal da República de 1988 na forma como criada à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito, tem como base fundamental a dignidade da pessoa humana, e no rol dos direitos e garantias fundamentais trouxe a previsão nos artigos 6º e também no artigo 196 a garantia do direito à saúde.

O direito à saúde, além do caráter fundamental, é de extrema importância na preservação da dignidade humana e em razão disso recebeu um tratamento amplo e exemplar da Lei Maior, assentado sob os princípios da proteção integral e da universalidade do acesso. Contudo, dada essa equidade universal do acesso, difícil se torna a operacionalização para a efetivação deste direito, sem que haja a violação dos preceitos fundamentais da isonomia enquanto se assegura a saúde na forma como pretendida, eis o segredo do mínimo existencial para uma vida digna.

A presente pesquisa se debruça sobre a concretização de direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente, tendo como tema central o direito à saúde, em conflito com a cláusula da reserva do possível, que tem sido adotada pelo Estado, no objetivo de negar a efetividade de tais direitos sociais.

Por outro lado, na contramão da proteção dos direitos fundamentais, está a carência de recursos estatais, notoriamente conhecida por todos. No entanto, referida necessidade financeira estatal não pode ser alegada pela Administração como único argumento para negar a efetividade do direito à saúde, incorrendo em grave violação de direitos, ferindo de morte a dignidade da pessoa humana.

Neste passo, o presente artigo buscou apresentar as duas faces da questão controversa que carece de atenção das autoridades, em especial do Poder Judiciário no cenário em que se encontra atualmente. Dada a necessidade de preservação do direito à saúde, importante vem a ser a atuação do Judiciário *in casu* no controle de políticas públicas, não tomando conta da realização de políticas públicas o que feriria de morte o Princípio da Tripartição de Poderes, base sob a qual está assentada o Estado Democrático de Direito, mas atuando efetivamente na proteção de direitos, atuando em conjunto com os poderes executivo e legislativo, para a garantia da universalidade do direito à saúde.

Ainda que o positivismo tenha perdido forças ao longo do tempo, dando lugar a interpretação, o direito à saúde não deve mais ser observado como norma programática, mas como um Direito Social fundamental inerente ao ser humano para o alcance de sua dignidade, como apregoa a Constituição da República.

O método utilizado foi o indutivo, por meio do qual se busca o meio geral como produto final, uma análise a partir do qual se busca o meio geral como produto final, considerações sobre humanos, direito à saúde, os desafios limitativos de sua efetividade até a análise da cláusula da reserva do possível trazida pela ADPF 45-9/DF e a (im)possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico pátrio em face do mínimo existencial.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tratar sobre o direito à saúde, oportuno falar sobre a origem dos direitos fundamentais, cuja doutrina traz a classificação desses através das gerações de direitos (dimensões). *Ab initio* é importante lembrar que embora a expressão “gerações de direitos” seja comumente utilizada, não é a mais correta, porque pode dar a falsa ideia de que o surgimento de uma nova encerra ou finaliza a geração anterior, induzindo em erro sobre uma possível limitação temporal. Ao passo que a expressão “dimensões de direitos” é bastante moderna e atual, contém a ideia de interatividade ou junção entre os direitos, não havendo encerramento de umas ou outras, mas de fato, relação interativa de direitos de uma dimensão para outra (PENTEADO FILHO, 2011, p. 24).

Segundo Paulo Bonavides (2013, p. 570), o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último tenha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.

A doutrina clássica tem como expoente Norberto Bobbio, na obra *Era dos Direitos*, ao tratar da evolução dos direitos fundamentais trata o tema com a expressão “gerações de direitos”, descrevendo a evolução e dividindo-a em direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração. Posteriormente, a doutrina moderna fala em 4ª, 5ª e até mesmo 6ª geração (SARLET, 2009, p. 45).

A divisão em dimensões deriva das máximas da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) dizem respeito ao valor de liberdade do indivíduo.

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos e guardam correspondência com o valor de igualdade. E os direitos de terceira geração que são os direitos de solidariedade ligados ao ideal do valor fraternidade (MORAES, 2000, p. 28).

Nesta mesma esteira, Bonavides ao tratar do tema das dimensões de direitos considera que a Revolução Francesa foi a precursora da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais.

Depois vieram os direitos fundamentais de 4^a, 5^a e até 6^a geração segundo alguns autores, como já dito alhures, sendo os direitos de quarta dimensão nas palavras de Pedro Lenza² “segundo orientação de Norberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético”. Tais direitos seriam de preservação do ser humano em face da clonagem, sucesso de filhos gerados por inseminação artificial, e os direitos de proteção contra a globalização desenfreada, tais como direito à democracia, direito à eutanásia, às biociências e à informática.

Já os direitos de quinta dimensão, de acordo com Bonavides, são os direitos transportados diretamente da 3^a geração para os dias de hoje, tais como o direito à paz permanente entre os povos.

O direito à saúde, objeto central deste estudo, insere-se na dimensão dos direitos sociais de segunda geração, de acordo com boa parte da doutrina, no entanto, em análise pormenorizada claramente se observa que o direito à saúde encontra respaldo em todas as dimensões clássicas, primeira, segunda e terceira.

2.1 Direito à saúde

O direito à saúde é um direito constitucional inserido na órbita dos direitos sociais que constituem o mínimo vital. Trata-se de uma prerrogativa jurídica indisponível assentada sobre as premissas da generalidade e universalidade de acesso às pessoas. É um direito público subjetivo, um direito fundamental

² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 670.

consectário do direito à vida, e em razão disso recebeu um tratamento inigualável da CRBF de 1988, pois sem saúde, não há vida.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Além da inclusão do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma seção inteira dedicada à saúde, no título da “ordem social”. Os direitos sociais são compreendidos pela doutrina como a base do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva do Estado Social de Direito, os intitulados direitos de segunda dimensão.

Os direitos de segunda dimensão apareceram inicialmente nas constituições mexicana e alemã, instituídas com no intuito de agregar caráter solidário e igualitário através de direitos econômicos, culturais e sociais. Os direitos sociais são mundialmente reconhecidos como a busca pela isonomia, igualdade social e melhores condições de vida a todos os integrantes de uma coletividade.

Não é demais destacar o posicionamento de José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais estão na dimensão dos direitos do homem, consistentes de prestações positivas do Estado, enunciadas em normas constitucionais a fim de oportunizar melhor condição de vida à indivíduos hipossuficientes, objetivando a igualdade de vida e condições materiais de gozo (SILVA, 2009, p. 286-287).

Assim, os Direitos Sociais são normas que têm como premissa maior a função de diminuir as desigualdades fáticas de cada sociedade e a distribuição de riquezas conforme a situação econômica para sua efetivação.

Trata-se o direito à saúde bem como outros direitos sociais previstos, do que a doutrina chama de norma constitucional programática, o que significa que embora esteja positivada no direito pela Constituição, seu objetivo é a definição de fins a serem atingidos pelo Estado através de programas, vez que não estabelecem meios de se alcançar sua finalidade, tendo inclusive aplicabilidade diferenciada, são normas que não se aplicam por si, carecem de vontade do legislador ou da discricionariedade do executivo para aplicação de verbas.

Em resumo, constitui-se em função do Estado através de lei, regulamentar a função e zelar pela efetividade das normas programáticas.

Neste íterim, tal preceito é complementado pela Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e criadora do SUS (Sistema Único de Saúde), que em seu artigo 2º dispõe:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme a redação dos artigos 196 e 197 da Lei Maior, seria possível afirmar que o direito à saúde é direito social garantido através de políticas sociais e econômicas que tem por escopo a garantia ao acesso universal para fins de redução e erradicação de doenças e agravos da saúde? De fato as políticas públicas sociais e econômicas alcançam esse objetivo de acesso universal?

A resposta a essa pergunta pode até parecer simples do ponto de vista jurídico-positivo, porém a questão é muito mais complexa quando se adentra o âmbito da efetivação desse direito através das políticas econômicas.

A grande nuvem negra que paira sobre a efetivação dos direitos fundamentais na forma constitucionalmente prevista, é a questão orçamentária, os gastos públicos necessários às prestações de efetivação, não é suficiente apenas prestar o serviço de saúde, tampouco garantir seu acesso universal, na forma como positivado. É preciso ir além, é necessário que a Administração disponha de recursos para tanto.

E ao mesmo tempo, não pode o Estado abrir mão de cumprir com as obrigações previstas na Lei Maior sob o pobre argumento de carência de recursos, pautar-se apenas pelo aspecto econômico, e pior que isso, negar a efetivação do direito à saúde.

Neste trilhar, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 08):

O direito a saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta é a dimensão

mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

Evidenciada a natureza difusa que o legislador constituinte pretendeu conferir ao direito à saúde, quando dispôs expressamente tratar-se de um direito de todos, sem fazer qualquer distinção, sendo seus titulares sujeitos indetermináveis, tendo como objeto um bem jurídico indivisível independentemente liame através de uma relação jurídica.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo, o artigo 196 da CRFB de 1988 determina por meio dos princípios do acesso universal e igualitário a extensão e o alcance do direito à saúde a todo e qualquer sujeito de modo igualitário e independente de contraprestação à previdência social, como outrora previsto (ARAÚJO, 2006, p. 484).

Contudo, como se verá adiante, para a efetivação do direito à saúde, sob a ótica do aspecto econômico estatal, de suma importância para a operacionalização desse direito, necessária se torna a disponibilidade de recursos, bem como a universalidade de acesso, qualidade do atendimento prestado, qualificação profissional, supervisão dos serviços, entre outros. É preciso que haja uma estrutura organizada para que de fato, a prestação do serviço à saúde seja aquela idealizada pelo legislador constituinte.

2.2 Do conteúdo jurídico dos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde

De fato, há um longo caminho a ser trilhado até a garantia dos fundamentais nas premissas positivadas, em especial do direito à saúde cujo acesso deve ser universal e igualitário, dado que muitas são as barreiras existentes.

Afinal, de que valeria o direito à saúde, consectário do direito à vida, essencial à dignidade da pessoa humana, sem quaisquer garantias mínimas para sua efetividade?

De se ver que a Magna Carta preocupou-se em elaborar um sistema estruturalmente organizado e regionalizado que proporcionasse ao povo um atendimento não apenas e tão somente adequado, mas de fato efetivo e digno. Trouxe no artigo 198 as ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquicamente organizada que formam o Sistema Único de Saúde, com atuação bastante ampla na concretização do direito fundamental à saúde no Brasil, conforme facilmente se nota da leitura do artigo 200 da CF/88:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O Sistema Único de Saúde se concretizou em 1990 com a edição das Leis 8.080 e 8.142, que respectivamente tratam, uma sobre a estruturação e objetivos do SUS e a outra sobre os meios de participação da comunidade nesta estrutura de saúde pública.

A criação do Sistema Único de Saúde não se deu apenas com o objetivo principal de agir no combate a doenças, mas de propiciar a todos os cidadãos um ambiente em que exista efetivamente bem estar físico social e mental.

Sob as premissas da universalidade, integralidade, igualdade, gratuidade, regionalização hierarquização, descentralização, participação social, informação e solidariedade; o SUS se institucionalizou (....., ano, s.p.).

Não se pretende aqui fazer um vasto estudo acerca do Sistema Único de Saúde e seus princípios norteadores, logo, dar-se-á atenção maior aos principais, quais sejam igualdade, universalidade e integralidade.

O aspecto interessante vem implícito no princípio da igualdade, que além do exemplar tratamento recebido na área do direito à saúde, tem seu conteúdo ainda mais ampliado quando se debruça sobre uma leitura minuciosa.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari não basta “afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidade” (2004, p. 46).

Eis a razão pela qual a doutrina inseriu o direito à saúde entre os direitos humanos de segunda dimensão, haja vista que os direitos sociais – entre eles a saúde - possuem liame com o princípio da solidariedade.

Os direitos sociais ganharam força com a Constituição mexicana de 1917 que foi a primeira a positivá-los quando atribuiu aos direitos trabalhistas o caráter de direito fundamental, tal como as liberdades e os direitos políticos.

De acordo com Comparato, os direitos sociais se concretizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos para viver dignamente (2010, p. 77).

Aristóteles foi um dos grandes defensores da igualdade, em sua concepção de Estado todos devem ser tratados iguais, no entanto, fazia a ressalva de que “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais”. Mas então como conceder direitos iguais a todos? É de direitos iguais que todos precisam? Quem são os iguais?

No Estado Social, as Constituições mundo afora trataram de promover a inclusão de normas de direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, previdência e assistência social a fim de oportunizar maior igualdade material entre os indivíduos.

Fato é que essa busca pela igualdade material entre todos caminha a vagarosos passos. No entanto, tais normas carecem não de previsão legal, pois tratamento jurídico digno elas já recebem, infelizmente, só são desprovidas de efetividade para ser usufruída por seus destinatários, como ocorre com o direito à saúde, tema central desta pesquisa.

Cumprido ao Estado ser o fio-condutor do desenvolvimento, e responsável pelo aumento das igualdades, fazendo inclusive, quando necessário, correções na administração do sistema econômico.

O princípio da igualdade não deve ser dotado apenas de aspecto meramente formal, mas essencialmente material a fim de que se torne hábil instrumento apto a alcançar a igualdade real.

A guisa de entendimento impera destacar o brilhante ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 10):

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em outras palavras, o princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito é também um propiciador de oportunidades no âmbito do Estado Social, e porque não ir além?

Em que pese as inúmeras dificuldades de conceder efetividade ao direito à saúde, o princípio da igualdade pode ser capaz de viabilizar oportunidades de efetividade a esse direito.

2.3 Limites à efetivação do direito à saúde

Embora o direito social à saúde tenha surgido desde a primeira constituição social (Mexicana – 1917), no Brasil foi apenas com o advento da Carta Magna de 1988 que ela passou a ser tratada com *status* de direito fundamental.

O direito à saúde, de acordo com J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira comporta duas vertentes:

Uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e ao tratamento delas (SILVA, 2012, p. 188).

Conforme já esposado, para a realização da integralidade e da universalidade que regem esse direito, existem muitos obstáculos.

O maior desses limites é a escassez de recursos econômicos ao argumento da reserva do possível, diante da concessão judicial excessiva e a

própria universalidade do Sistema Único de Saúde que potencializa o obstáculo frente à efetivação do direito.

A verdade é que sempre que o assunto for direito à saúde vai haver uma enorme disparidade entre os serviços prestados e o que se espera de acordo com a norma constitucional, dado que é simplesmente inviável conceder tudo a todos.

Imprescindível a determinação de limites e parâmetros para que haja a possibilidade de efetivação do direito à saúde pública, mormente quando se parte do pressuposto de que é impossível dar tudo a todos.

O tratamento de determinada doença que atinge apenas 1% da população, por exemplo, tem um custo financeiro estimado em milhões, e em comparação com contexto dos gastos totais da Administração em saúde do Brasil é enorme.

O custo com o tratamento de uma doença que atinge apenas 1% da população, no PIB brasileiro, seria muito superior ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde, por exemplo.

É de extrema importância destacar que de modo algum, se pretende aqui justificar a ineficiência da saúde pública, nem mesmo limitá-la sob pena de violação grave aos deveres constitucionais, tampouco atar as mãos do Judiciário em atuações que visem à implementação de políticas públicas, mas apenas demonstrar como funciona o sistema.

A busca incansável pela efetivação, dentro do sistema da saúde, não é apenas do Judiciário, mas de todos os componentes do Poder e da Sociedade, diz respeito a uma nação.

A saúde é muito mais do que um direito de direito de todos, é a solução de todos, por tratar-se de um direito social, e assim, deve ser implantada de forma coletiva, gradativa, progressiva e contínua, não em uma atitude estatal imediatista. E justamente por essa razão é que tanto tem se aplicado a reserva do possível como instrumento de ponderação, posto que a todo direito seja inerente um custo.

Não é demais lembrar que não há qualquer possibilidade de sopesamento entre a saúde e os problemas orçamentários e econômicos da Administração, a saúde sempre prevalecerá em primeiro lugar.

3 (IN)APLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Tratando-se de efetivação de políticas públicas, o Estado tem ampla e indistintamente aplicado a cláusula da reserva do possível como um instrumento de ponderação, dados os custos elevados para a implementação de tais políticas.

Em que pese essa utilização desenfreada da reserva do possível a fim de ponderar o direito à saúde com a capacidade econômica estatal, não há o que ponderar, sendo desproporcional e desarrazoada qualquer ponderação, pois como já dito, no final do capítulo anterior, a saúde é direito fundamental e sempre estará em primeiro lugar.

Imprescindível mencionar que o primeiro, senão o maior limite do direito à saúde é justamente o financeiro.

De outra banda, é preciso lembrar que todo e qualquer ser humano necessita de recursos que lhe possibilitem alimentos, educação, moradia e saúde, e todos esses direitos sociais essenciais à vida digna, trazidos pelo artigo 6º da Carta Constitucional, exigem disponibilidade financeira estatal (IURCONVITE, 2010, s.p.).

A reserva do possível é compreendida como a cláusula por meio da qual o Estado ante a escassez de recursos financeiros, deixa de praticar atos (políticas públicas) que visem a redução das desigualdades sociais.

Neste ínterim, J.J. Gomes Canotilho:

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (CANOTILHO, 1998, p. 477).

A reserva do possível é vista sob duas perspectivas diferentes no cenário jurídico pátrio, a uma sob a luz de uma determinada situação econômica, e a duas pela adoção da reserva do possível como negativa de competência do Poder Judiciário para decidir casos que envolvam gastos do orçamento.

O artigo 6º da Lei Maior em interpretação conjunta com o artigo 196 posiciona a saúde em um mínimo existencial, um piso vital mínimo que deve ser implementado e efetivado pela Administração, oportunizando aos indivíduos uma vida digna (IURCONVITE, 2010, s.p.).

Logo, de se concluir que o direito à vida está intimamente ligado com o direito à saúde, pois sem saúde não há vida digna. São no fim das contas duas faces da mesma moeda. E indo além, o direito à saúde está ligado com todos os direitos supracitados, razão pela qual o mínimo existencial à saúde abrange o completo bem estar, seja ele físico, mental ou social.

Não por outro motivo, é dever do Estado agir de forma a atender todos os seus cidadãos, prestando-lhes assistência necessária à manutenção da vida, independentemente de sua capacidade econômica, raça, cor ou sexo.

Forçoso concluir que não é válida sob qualquer ótica que se dê à questão a adoção da reserva do possível como argumento para obstaculizar exigibilidade judicial dos mínimos existenciais, mormente a saúde, o mais importante entre os direitos sociais para a efetivação dos direitos de segunda dimensão.

Em contrapartida, não se deve olvidar que a realização e efetivação do mínimo existencial à saúde, embora dependa umbilicalmente da disponibilidade financeira estatal, não deve a ela estar limitada (IURCONVITE, 2010, s.p.).

Os direitos fundamentais, todos eles, não estão vinculados aos estritos limites orçamentários, não se justifica tal limitação, devem ser concretizados para que não adentrem a inconstitucionalidade.

3.1 Análise da ADPF 45-9/DF

De suma importância para contribuir com o estudo, a análise da ADPF 45-9/DF que brilhantemente ilustra o tema.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o Ministro Relator Celso de Mello, tratou sobre a questão com clareza ímpar ao afirmar que:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade

pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

E prosseguindo, assevera o I. Ministro acerca da aplicação da cláusula da reserva do possível pelo Estado:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação da atividade financeira e/ou política administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Neste trilhar, imperioso destacar o entendimento do Excelentíssimo Sr. Ministro Celso de Mello ao tratar da cláusula da reserva do possível, afirmando ser possível o uso deste argumento, desde que haja justo motivo que autorize sua invocação. De outro modo, é impossível, a adoção deste instrumento por parte do Estado para justificar suas omissões ou mal cumprimento de suas obrigações como apregoado pela Magna Carta.

Especialmente no que tange ao direito à saúde, objeto desta pesquisa, quando a omissão estatal ou negativa de efetivação de direitos sociais, pode resultar em aniquilação de direitos constitucionais, dada a ligação íntima do direito à saúde com a preservação da vida.

Na esteira deste entendimento, pede-se vênica para utilizar a lição de Ana Paula de Barcellos³ (2002, p. 245-246) trazida pelo d. Ministro:

³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Renovar, 2002.

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá leva-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Em outro ponto, o Excelso Ministro afirmou, ainda, em outra decisão que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo uma vez configurado esse dilema que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (DJ Seção 1, de 13.2.97, nº 29, p. 1830, apud Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 436)

É importante ressaltar que não cabe ao judiciário invadir a esfera de outro poder sob pena de violação do Princípio da Separação de Poderes, e no caso objeto deste estudo – direito à saúde -, o judiciário quando profere decisão mandamental, não invade a esfera de outro poder, pois apenas determina que o Executivo cumpra sua obrigação constitucional, dado o respeito indeclinável à vida.

3 CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa, buscou-se afirmar ainda que brevemente, ser o direito à saúde essencial à manutenção da vida, e sua efetivação é dever Estatal imposto pela Constituição, devendo ser concedido universalmente a todos os cidadãos, com acesso integral e igualitário, a fim de que se concretizem os direitos

de segunda dimensão, trazidos pela Carta de 1988 em seus artigos 6º, 197 e seguintes.

No entanto, o que se tem visto diante das inúmeras demandas ajuizadas, é a utilização desenfreada pela Administração da cláusula da reserva do possível sob a sombra de sua própria omissão, negando direitos fundamentais, argumentando a escassez de recursos financeiros como óbice à concretização do direito à saúde. Este não é o entendimento que deve prevalecer.

É inadmissível que o Estado permaneça inerte ante as exigências sociais, haja vista que a singular proteção que ampara o direito à saúde na Constituição Federal, revelando a preocupação da norma com fundamentalidade do direito à saúde, assegurando a satisfação dos valores mínimos de existência e preservação da vida digna.

Contudo, ainda que paire sobre o orçamento estatal uma infinidade de outros direitos e outras questões, não é a posição mais acertada condicionar a realização e a concretização do mínimo existencial à saúde com a disponibilidade de recursos orçamentários do Estado.

Sob qualquer ângulo que se observe a questão, o mínimo existencial à saúde, e além dele todos os demais direitos fundamentais apregoados no artigo 6º, não devem estar associados à limitação orçamentária estatal.

Assim, não há como acolher o argumento da reserva do possível e aceitar sua aplicação no universo jurídico, não é esta a via mais adequada para alterar a realidade dos fatos, a saúde precisa e deve receber a atenção especial que lhe imprimiu a Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Reserva do possível: aspecto econômico X efetivação do direito à saúde**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3149, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21072>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,DF: 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª ed. Reform. – São Paulo: Moderna, 2004.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240>. Acesso em jul.2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 13 ed., São Paulo: Saraiva 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição, 23ª Tiragem – Editora Método, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NICZ, Alvacir Alfredo. **O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9>. Acesso em jul 2015.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos, 13**. Coordenação geral Fabio Vieira Figueiredo, Fernanda F. Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 – Coleção OAB nacional. Primeira fase.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Revista diálogo jurídico. n. 10, jan/2002. Salvador: Bahia. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em jul.2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª ed., atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n.º 45-9/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Data do Julgamento: 29/04/2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em julho.2015.